82

7°

IHS

POR

DON PEDRO ROL de la Cerda, Cauallero de la Orden de Alcãtara, y Alferez mayor de la villa de Caceres. Y don Francisco Antonio de Ouando su hijo, tercero opositor.

En el pleyto

CON

Don Pedro de Ouãdo, menor, vezino de la dicha villa.

SOBRE

La sucession de los mayorazgos de Roles, y Ouandos, de que el dicho don Pedro de Ouãdo ha puesto demanda al dicho don Pedro Rol de la Cerda, su tio.

En Granada, por Bartolome de Loreçana, en la calleja sin salida de la calle del Pan, Año de 1628.

1 S Vpuesto el hecho, q̃ en el memorial del Relator està ajustado, don Pedro de Ouando pretende, que estos mayorazgos son incompatibles, respeto de sus clausulas, armas y apellidos: y que por muerte de Pedro Rol de Ouando, y doña Luysa de la Peña su muger, q̃ por otro nombre se llamò doña Teresa Rol sus abuelos, se defirio en don Francisco de Ouãdo, como su hijo segundo, padre del dicho don Pedro, el mayorazgo de los Ouandos, o a lo menos el de los Roles, con lo acrecentado a el por la mejora de tercio y quinto, que hizieron Francisco de Ouando y doña Maria de la Cerda su muger, al dicho Pedro Rol de Ouando, al tiempo que casò con la dicha doña Luysa de la Peña, por otro nõbre doña Teresa Rol; y que por muerte del dicho don Francisco de Ouando su padre, le pertenece al dicho don Pedro de Ouãdo que litiga, vno de los dos mayorazgos: o el de los Ouandos, por auerle el dicho don Pedro Rol renunciado en su hijo dõ Pedro Rol, y por este medio quedadose con el: o el de los Roles, con la mejora acrecentada, por no poder concurrir en otro en vn sucessor, pide le restituya el vno, o el otro, con frutos y rentos.

2 ¶ Don Pedro Rol, Reo, su tio, se defiende con que el no possee mas que el mayorazgo de los Roles, en que sucedio por muerte de doña Luysa de la Peña, por otro nombre doña Teresa Rol su madre, con la mejora a el acrecentada, y entre ellos no ay incompatibilidad. Y que luego, que por muerte de Pedro Rol de Ouãdo

su

su padre, se le difirio la sucessiõ del mayorazgo de los Ouandos, eligio quedarse, como se quedò, con el de los Roles, vsando de la facultad q̃ para esto le dá el fundador; y en virtud desta eleccion passò el de los Ouandos a don Pedro Rol de Quando su hijo mayor, como inmediato llamado, y por su muerte, a don Garcia de Ouando su hijo segundo; y por muerte del susodicho, a don Francisco Antonio de Ouãdo su hijo tercero, que oy le possee, y que la parte contraria en esta vacante, ni tiene llamamiento, ni derecho, ni es capaz de la sucession que pretẽde, porque possee otros mayorazgos incompatibles con qualquiera destos, y que el legitimo sucessor es el dicho don Francisco Antonio de Ouando su hijo, por cuya parte se ha pedido que se declare por tal.

3 ¶ Quibus sic constitutis, la parte contraria, siendo Actor, no negarà, que le incumbe la carga de prouar lo que en su demanda alega, porque si no lo prueua, Reus & si nihil præstiterit absoluendus erit, l. ei qui, ff. de probation. l. Actor, C. eod. tit. l. qui accusare, C. de æden. l. 28. tit. 2. part. 3. l. 1. tit. 14. par. 3.

4 ¶ Y para que la prouança sea concluyente, ha de aueriguar tres cosas juntamente, y no la vna sin la otra, videlicet vocatum esse, habere illam qualitatẽ sub qua vocatus fuit, & suæ substitutionis casum euenisse, vt tradunt Menochi. cons. 97. n. 103. & 105. Rolan. cons. 56. n. 3. lib. 3. Hondede. cons. 60. nu. 12. & cons. 78. nu. 9. lib. 1. Burgos de Paz, cons. 34. n. 21. Azeued. cons. 18. n. 17. Casana. cons. 4. n. 9.

Y porque los mayorazgos son quatro, para aueriguar esto, y que mejor se entienda la justicia de las partes, serà necessario discurrir por todos ellos.

Primero

Primero mayorazgo de los Ouandos, instituydo por Frãcisco de Ouando el viejo.

5 TEniendo Frãcisco de Ouando el viejo dos hijos, Francisco de Ouando el moço, que despues llamaron el Rico, y doña Leonor de Orellana, diuidio entre ellos sus bienes en vida, y ganò facultad Real año de mil y quatrocientos y nouenta y ocho, para hazer mayorazgo de los que auia dado al dicho Francisco de Ouã do su hijo, y en ella puso los llamamientos que despues confirmò, y dellos la dicha facultad haze mencion con las palabras siguientes.

6 ¶ *E aora que vos el dicho Francisco de Ouando querriades fazer e instituyr vn mayorazgo en el dicho Francisco de Ouando vuestro hyo mayor legitimo, y de la dicha Iuana de Ribera vuestra muger, de los dichos bienes, y heredamientos, y rentas, y marauedis de juros de suso declarados, que assi le cupieron por la dicha diuision, para que lo ouiesse en su vida por titulo de mayorazgo, y despues del su hyo mayor legitimo, de legitimo matrimonio nacido: y si no huuiere hyo varon, que aya el dicho mayorazgo la hya mayor legitima, de legitimo matrimonio nacida del dicho Francisco de Ouando vuestro hyo: pero que toda via aya y herede el dicho mayorazgo el fijo mayor, en defeto del hyo mayor descindiente por linea recta, de manera, que si caso fuere, que del tal fijo, o fija fincare nieto, o nieta del que assi sucediere en el dicho mayorazgo, que el tal nieto, o nieta suceda en el dicho mayorazgo por linea recta, y no en hermano, ni hermana del posseedor del dicho mayorazgo: e q̃ el tal nieto excluya al tal hermano, o hermana,*

de manera, que todavia lo aya el fijo, o fija del fijo mayor, si le huuiere, en defeto del fijo, porque la linea recta de quien huuiere de suceder en el dicho mayorazgo no se desfaga: e si del dicho Francisco de Ouando vuestro fijo, no huuiere fijos, ni fijas, ni descendientes, segun dicho es, que suceda en el dicho mayorazgo, que lo aya y herede despues de sus dias la dicha doña Leonor de Orellana vuestra hija, o el mayor de sus descendientes, por linea recta, en la forma susodicha, e si no ouiere fijo varon, que sea fija, segun dicho es: e si los dichos Francisco de Ouando y Leonor de Orellana vuestros fijos, no huuieren fijos, ni fijas, que aya y herede el dicho mayorazgo el pariente mas propinquo de vos el dicho Francisco de Ouando, por linea recta, tanto que sea varon, y si no huuiere varon, que sea fija, con los vinculos y condiciones con que le vos ordenaredes y constituyeredes.

7 ¶ Aqueste mayorazgo es regular, pues llama en primero lugar al hijo mayor y sus descẽdientes varones, y a falta de varones hembras, por su linea recta, y a falta de descendientes del hijo mayor, llama a la hija, y a los suyos, con la prelacion ordinaria de mayor a menor, y de varon a hembra, y a falta de descendientes de ambos a dos, llama al pariente mas propinquo, ex quibus inducitur maioratus regularis, iuxta l.2. tit.15.p.2. cum notatis a Molin. lib.1. c.1. a n.21. & c.3. n.6. cum alijs seqq. y siendolo, no tienen oy aqui llamamiento el hijo segũdo, y su linea, ni el mayorazgo puede hazer transito a ella, en tãto que en la linea del hijo mayor huuiere descendientes, c.1. de natura succesio. feu. Molin. d.c.3. n.9 & lib.3. c.4. n.13. & 14.

8 ¶ Y en el no ay preceto de armas y apellido, y si por la costumbre de España, y conseruació de la familia, las huuiesse de traer el posseedor de aqueste mayorazgo, aũque el fundador del no lo aya mandado, vt obseruat Molin. lib.

2.c.14.nu.46.no causa impedimento, ni repugnancia al otro mayorazgo de los Ouandos, como en el se dirà: porque el preceto que en el ay, es de las propias armas y apellido, y con vnas se cumple con ambos mayorazgos, porque para no poder concurrir, era necessario que fuerã de familias diferentes, vt adnotat Molin. vbi proxime n.26. cum duobus seqq. imó, aunque fueran diferentes, y el posseedor deste mayorazgo dexara de traer el apellido y armas del instituydor del, y traxera las del otro solas, no por esso incurriera en priuacion deste mayorazgo, ex eodem Molin. d. nu. 46. vers. Sed cum familiarum.

Sucedio en este mayorazgo Francisco de Ouando el Rico, primero llamado, y estandole posseyẽdo, instituyó los mayorazgos siguiẽtes.

Segundo mayorazgo de los Ouandos, instituydo por Frãcisco de Ouando el Rico.

9 TVuo Francisco de Ouando el Rico tres hijos varones, Francisco de Ouando el mayor, Christoual de Ouando el segundo, y Cosme de Ouando el tercero, y en el testamento con que murio año de mil y quinientos y treynta, instituyò en ellos, cõ facultad Real, tres mayorazgos, con clausulas y condiciones vniformes; y las que hazen a este pleyto son las siguiẽtes.

10 ¶ *Otro si dispongo e mando, que despues de mis dias, e fin e muerte, ayan y hereden los dichos Francisco*

de

de Ouando, y Christoual de Ouando, e Cosme de Ouãdo mis hijos, los dichos tres mayorazgos, e bienes dellos, cada vno el suyo, como de suso està dicho y señalado, e gozen por sus vidas los dichos mayorazgos e bienes dellos como vsufrutuarios, y despues dellos su hijo mayor de cada vno dellos, ni mas, ni menos que cada vno dellos: y despues del tal hijo mayor, su nieto, e visnieto, y dende abaxo sucessiuamente qualquiera descendiente legitimo, y cada vno dellos por linea derecha, en tal manera, que los hijos varones, e sus legitimos descendientes, de varon en varon, se prefieran a todos transuersales, y entre los dichos descendientes varones, los hijos se prefieran a los nietos, e los nietos a los visnietos, e assi por esta orden dende en adelante sucessiuamente, y que entre los hijos, y dende abaxo, que estuuieren en vn mismo grado con el difunto, el vltimo posseedor de los dichos vinculos e mayorazgos, e de cada vno dellos, se prefieran los varones a las hembras, aunque las hembras seã de mayor edad, y las hembras entre si se prefieran, la de mayor edad e sus descendientes de vno en otro, a la de menos edad e sus descendientes de vno en otro: y entre los varanes, el de mayor edad e sus descendientes, de varon en varon, al de menor edad, e a sus descendientes.

11 ¶ Otro si mando, que si en vida del que tuuiere los dichos mayorazgos, e qualquiera dellos, falleciere el hijo mayor que lo auia de auer despues de sus dias, dexando hijo, o hija, nieto, o nieta, visnieto, o visnieta, suceda en los dichos mayorazgos, y en cada vno dellos q̃ este caso aconteciere, y se prefiera a su tio, puesto que parezca el tio ser hijo mayor al tiempo de la muerte del padre: lo qual quiero que se guarde y cumpla en todas las personas que huuieren de auer estos dichos mayorazgos, en quien aconteciere este caso, porque mi voluntad es, q̃ el hijo mayor, y su linea masculina y femenina, en defeto de masculina se prefiera al hijo segundo, y su linea masculina y femenina.

12 ¶ Otro si mando, que los dichos mis hijos y sus descendientes

dientes legitimos, y cada vno dellos y todas qualesquier personas a quien vinieren los dichos mayorazgos, y cada vno dellos, viuan y moren, y tengan su casa de viuienda, y principal domicilio y viuienda en esta villa de Caceres, y se llamen de Ouando, y traygan las armas de los de Ouando, que son vna Cruz colorada, con quatro veneras doradas en campo blanco, e vna orla negra al derredor: y assi mismo las armas de los Mogollones, que son dos osos en campo dorado, con vna orladura colorada, e ocho aspas de san Andres doradas en ella, que son las vnas y las otras armas, las que dexò Francisco de Ouando mi señor padre, en vn escudo, y que traygan a la mano derecha las de Ouando, que son la dicha Cruz y veneras, e que no traygan otras armas, ni apellidos, ni los mezclen, so las penas de yuso contenidas.

13 ¶ Y las penas que despues pone a los que quebrantaren lo contenido en esta escritura, o qualquier parte dello, es priuacion del mayorazgo, y que passe al siguiente en grado.

14 *¶ Otro si mando, que en toda la Capilla que yo hize, y dexo en la Iglesia de señor san Mateo, junto a la Sacristia, que en toda la dicha Capilla no se puedan poner, ni pongan por las paredes, ni por el suelo, ni enterramientos, otras armas ningunas sino las sobredichas del dicho mi padre, e pongo e incluyo en los dichos tres mayorazgos la dicha Capilla, para que quede y estè vinculada e por bienes de mayorazgo, para los dichos mis hijos, e para todos sus descendientes legitimos, y enagenables e imprescritibles.*

15 ¶ Confessamos que este mayorazgo no consiente junta de otro de diferēte familia, por pedir armas y apellido de Ouando, sin mezcla de otro alguno: pero siendo de la misma familia, bien la admite, porque no se quebranta con ella el preceto, sino se conserua, y assi la junta del primero mayorazgo que ya queda referido, no la prohibio el fundador deste, antes la permitio,

permitio, por ser instituydo por Francisco de Ouando su padre, cuyas armas eligio para el suyo, ibi: *Que son las vnas y las otras armas, las que dexò Francisco de Ouando, mi señor padre, en vn escudo*: y respeto desto mandò, que Francisco de Ouando su hijo mayor, tuuiesse el mayorazgo que en el fundò, juntamente con el de Francisco de Ouando el viejo su padre, en que auia de suceder, y fue ordenando lo que se auia de hazer, en caso que el dicho Francisco de Ouando su hijo muriesse sin descendientes, y el mayorazgo antiguo, y el que el fundaua, viniessen a sus hermanos: y claro està, que posseyẽdo el dicho fundador el mayorazgo de su padre, y siendo inmediatos sucessores del sus hijos y descendiẽtes, no auia de querer hazerle incompatible cõ el suyo, para que se le lleuasse vn transuersal, y assi no huuo impedimento para que los dos mayorazgos se juntassen, y sucediesse como sucedio en ellos Francisco de Ouando su hijo, ni le ay para que se continue en su linea primogenita, conforme a sus llamamientos regulares, sin que llegue el caso del de el hijo segundo y su linea, hasta que la primogenita se acabe.

Mayorazgo de los Roles, instituydo por frey Martin Rol, Comendador de Almorchõ, y Cabeçaelbuey.

16 POr el año passado de mil y quinientos y seys, el Comendador frey Martin Rol, cõ

C facul-

facultad Real, fundò mayorazgo en cabeça de doña Teresa Rol su sobrina, hija de don Pedro Rol su hermano, y de doña Maria de la Cerda su muger, de ciertos bienes, a cuya sucessiõ llamò en primero lugar a la dicha doña Teresa Rol, y despues della a su hijo mayor varon legitimo, y a su nieto y visnieto, y los demas descendientes varones legitimos para siempre jamas; y no teniendolos, sucedan las hijas y sus hijos varones, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, y hizo otros llamamientos. Y luego dize assi.

17 ¶ *Y porque la dicha doña Teresa Rol mi sobrina, al presente que yo hago e ordeno este mayorazgo, es donzella y por casar, y podria acaescer que casase con hõbre que tuuiesse mayorazgo, de manera, que al primero hijo le podria venir, y aurà de suceder en ambos mayorazgos, y desta manera no se podria bien cumplir mi intencion y voluntad, y lo que en este caso quiero, y desseo cumple a la honra de la dicha mi sobrina y de su linage: por ende mando, que casando con hombre que tenga, o aya de heredar otro mayorazgo, que si ouiere dos hijos, o mas, que sea en elecion del primero, tomar, o suceder en el mayorazgo que le viniere, o podria venir por sucession por su padre, tomar, o venir a este, que por razon y herencia y sucession de la dicha doña Teresa Rol le podia venir, por manera que eligiendo el hijo primero el mayorazgo de su padre para si, mando que suceda y vẽgà este mayorazgo al hijo mayor varon de los otros sus hermanos, de manera, que naciendo y viuiendo dos hijos de la dicha mi sobrina, vno, puesto que sea el primero, no pueda tener dos mayorazgos, saluo, que eligiendo y escogiendo el primero fijo para si el mayorazgo de su padre, que este mayorazgo y sucession de su madre passe al segundo hijo, e si aquel a quien por razon de la dicha elecion viniere este mayorazgo, muriere sin hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, que assi sucessiuamente*

uamente

uamente passe al otro hijo que tuuiere: y si acaeciere que no huuiere mas de vn hijo varon, e ouiere fijas, que el hijo varon haga la elecion ya dicha; y eligiendo, y no tomando este, suceda y sea llamada a el la hija mayor, e no auiendo hijo varon que haga la dicha elecion, que vẽga a la hija mayor, y no tomando para si este mayorazgo, venga a la hija segunda, e sea llamada a el, y assi sucessiuamente, de grado en grado, por linea recta: e si acaeciere, que la persona que hizo la dicha elecion muriere sin dexar fijos, que torne e buelua la elecion de los dichos dos mayorazgos, al otro fijo, o fija mayor, e que puesto que tenga el otro mayorazgo, tome qual dellos quisiere, y dexe el otro para la persona que le pertenezca, segun la disposicion ya dicha, y esta mi final orden y regla, y quiero y mando que se tenga en toda la sucessiõ, todas las vezes que acaeciere venir este mayorazgo a persona que tenga, o aya de auer, o suceder en otro mayorazgo: e mando e ordeno, que todos los que ouieren de suceder en este mayorazgo, e los que yo aora llamo, segũ los grados y personas y sucession susodicha, si fuere varon el que a este mayorazgo viniere, que se llame Pedro Rol, y si fuere muger, que se llame Teresa Rol, y traygа las armas del dicho Pedro Rol mi primo, que son estas cinco tortolas en vn campo amarillo, en el cabo derecho del escudo, y en el otro cabo, en vn campo verde, vna vanda colorada, cercada de vna cadena de ocho eslauones, y otro tal escudo trauiessa al cabo derecho baxo de las tortolas, y en la otra parte, baxo del escudo de la vanda, dos panelas en vn campo colorado, e no tomen otro nombre, ni renombre saluo aquel, si acaeciere que tuuiere otro apellido, o tuuiere otra casa e mayorazgo, que en auiendo dos fijos, o dos fijas el que assi tuuiere el dicho mayorazgo, o sucediere en este, guarde, e tenga, e cumpla la elecion, e orden de arriba, e luego que por el hijo mayor fuere elegido qual de los dichos dos mayorazgos quiere, si eligiere este que yo agora hago, luego se llame y tome el dicho nombre y renombre de Pedro Rol: y

si eli-

si eligiere el otro, que el hijo, o hija que a este es llamado, tome y se llame el dicho nombre y renombre de Pedro Rol, si fuere varon, y si fuere muger, se llame Teresa, e que a esta elecion de los dichos dos mayorazgos quando acaeciere, se haga, o sea hecha por el dicho fijo mayor, luego que ouiere, è fuere de edad cumplida, si fuere viuo aquel por cuya causa sucede en el dicho mayorazgo, y si fuere muerto, luego que muriere la tal persona, por cuya muerte es llamado a el, la haga dentro de sesenta dias q̃ fuere requerido, seyendo de edad cumplida, y si fuere menor, la haga con consejo de su tutor, o curador, dentro del dicho plaço de como fueren requeridos, e no la haziendo, por el mismo hecho passe este dicho mayorazgo al otro fijo, o fija segundo: y si alguno de los que llamo a este mayorazgo, e sucediere en el, lo contrario hiziere, e otro nombre y renombre tomare, y se nombrare, y no tuuiere este nombre y renombre de Pedro Rol, si fuere varon, y si fuere muger, Teresa Rol, y no trayẽdo por principales las dichas armas del dicho Pedro Rol, guardando la orden de arriba, que por el mismo hecho, sin otra sentencia, sea priuado del dicho mayorazgo, y sea auido como si fuesse muerto, e se debuelua el dicho mayorazgo y possession del, que yo desde aora lo debueluo al siguiente en grado, que al dicho mayorazgo huuiere de venir: e este nombre de Pedro Rol y de Teresa Rol, se entienda en quanto a los hijos de doña Teresa Rol mi sobrina, la primera fundadora en quien yo hago este mayorazgo pero dende en adelante, a todos sus descendiẽtes de sus hijos della, e a todas los otras personas que yo llamo a este mayorazgo, assi hombres, como mugeres, lo puedan heredar, con las armas y renombre de Rol, tomandolo por principal apellido, como dicho està, sin llamarse Pedro Rol, ni Teresa Rol, si no quisiere.

18 ¶En este mayorazgo sucedio Teresa Rol, como primera llamada, y casò con Diego de Caceres, y deste matrimonio tuuieron por su hijo a Pedro Rol de la Cerda, que casò cõ doña Ysabel

Ysabel de la Peña, y tuuieron por su hija a doña Luysa de la Peña, que despues se llamò doña Teresa Rol.

19 ¶ Y posseyendo los mayorazgos de los Ouandos, Francisco de Ouando, hijo de Francisco de Ouando el Rico, y nieto de Francisco de Ouando el viejo, fundadores de los dichos mayorazgos, concertaron el y doña Maria de la Cerda su muger, de casar a Pedro Rol de Ouando su hijo, con la dicha doña Luysa de la Peña, por otro nombre doña Teresa Rol; y para que el matrimonio tuuiesse efeto, por contrato entre viuos, año de mil y quinientos y sesenta y seys, hizieron vinculo y mejora de tercio y quinto de sus bienes, agregandole al mayorazgo de los Roles, de que ya queda hecha relacion, en que auia de suceder la dicha doña Luysa de la Peña, por otro nombre doña Teresa Rol, por vna clausula del tenor siguiente.

Mayorazgo y mejora de tercio y quinto, que Francisco de Ouando, y doña Maria de la Cerda su muger, agregaron al mayorazgo de los Roles.

20 *EL Qual dicho tercio y quinto de nuestros bienes juntamos, anejamos, e incorporamos desde aora para siempre jamas, con el vinculo y mayorazgo que posseeys vos el dicho Pedro Rol de la cerda nuestro hermano, y padre de la dicha doña Luysa de la Peña, para que perpetuamente para siempre jamas sin fin, sean todos*

D

dos vno solo vinculo y mayorazgo, e cuerpo de bienes, para las mismas personas en el dicho vuestro mayorazgo llamadas, y con los mismos grauamenes y condiciones, premias, posturas, clausulas e sustituciones contenidas, declaradas y especificadas en la escritura del dicho mayorazgo, que posseeys vos el dicho señor Pedro Rol nuestro hermano, que passò ante Francisco Gomez, e Diego Martinez, escriuanos, vezinos de la villa de Velalcaçar, a diez y siete dias del mes de Iunio, del año passado de mil y quinientos y seys años, a la qual nos referimos, y la auemos aqui por referida, e incorporada, como si de principio al fin, de palabra a palabra aqui fuera expressada, la qual dicha vnion ha de auer, y queremos que valga y quede firme, en tanto que ouiere sucessores, descendientes del dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, y de la dicha doña Luysa de la Peña, que sucedan y hereden, y puedan heredar y suceder en el dicho mayorazgo, que vos el dicho señor Pedro Rol nuestro hermano teneys y posseeys, y no de otra manera: y faltando la dicha sucession, o no heredando los descendientes del dicho Pedro Rol nuestro hijo, e de la dicha doña Luysa de la Peña, el dicho mayorozgo, que vos el dicho señor Pedro Rol, nuestro hermano, teneys e posseeys, queremos, mandamos y es nuestra voluntad, que esta dicha vnion e anejacion, que por la presente escritura hazemos y otorgamos en el dicho vuestro mayorazgo, sea en si ninguna, e de ningun valor y efeto, como si no la huuieramos hecho e otorgado: y en tal caso, desde aora reseruamos en nos, e para nos, el derecho e poder, durante el tiempo de nuestras vidas, ambos juntos, o alguno de nos, faltando el otro, para declarar, e poder llamar al dicho tercio y quinto, a la persona y personas, a quien y como deua venir este dicho tercio y quinto, y para poner los vinculos, grauamenes, condiciones y aditamentos que quisieremos, y por bien tuuieremos, assi en nuestros dias, o de qualquier de nos, como durante el matrimonio entre los dichos Pedro Rol de la Cerda nues-

tro

tro hijo, y doña Luysa de la Peña, a falta de no suceder en el dicho vuestro mayorazgo, o de no tener los dichos Pedro Rol nuestro hijo, y doña Luysa de la Peña, descendientes que sucedan en el: porque con estas condiciones y reseruació, hazemos e otorgamos, e no sin ellas, esta dicha vnion e anejacion.

Y por otra clausula dizen assi.

21 ¶ Todo lo qual que dicho es de suso, mandamos y prometemos, otorgamos y donamos al dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, con aditamento, condició y grauamen, que se ha de llamar y llame Pedro Rol de Ouãdo de Caceres, e por consiguiente todos sus descendientes que heredaren este mayorazgo que aora teneys, e posseeys vos el dicho señor Pedro Rol nuestro hermano, e padre de la dicha doña Luysa de la Peña, e se han de nõbrar e llamar, tener e traer estos nombres e apellidos, e con que ayan de traer y traygan las armas de los Ouandos en el segundo lugar de las armas de los Roles: la qual clausula, aditamento y condicion, de que se ayan de llamar los dichos nombres e apellidos, y traer las dichas armas, queremos, mandamos, y es nuestra volũtad, que se guarde y cumpla, compadeciendose con aditamentos, grauamenes y condiciones de la fundacion del dicho mayorazgo, e no yendo contra cosa alguna dello, e no de otra manera: con tanto, que si lo que Dios no quiera, Francisco de Ouando nuestro hijo legitimo mayor muriere sin dexar hijos legitimos, o en qualquier manera que el dicho Pedro Rol nuestro hijo ouiere, y heredare el mayorazgo que yo el dicho Francisco de Ouando al presente posseo, q̃ en tal caso se ha de llamar y llame el dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, Francisco de Ouando, e sus descendiẽtes que sucedieren en el dicho mayorazgo q̃ yo el dicho Francisco de Ouãdo posseo, y el mayorazgo que vos el dicho señor Pedro Rol de la Cerda nuestro hermano teneys, e posseeys, suceda y venga en el hijo segundo de los dichos Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, e de la dicha doña Luysa de la

Peña

Peña nuestra hija, con sus armas e apellido, o en hija, o a falta de hijo, o auiendo dos hijas, que lleue cada vna su mayorazgo: e no auiendo mas de vn hijo, o hija, aquel o aquella goze ambos los dichos mayorazgos, hasta tãto que tenga dos hijos, o dos hijas, o hijo, o hija en quien se puedan apartar y diuidir los dichos mayorazgos, segun de suso está dicho.

22 ¶ Aceptó esta escritura Pedro Rol de la Cerda, padre de doña Luysa de la Peña, y posseedor del mayorazgo de los Roles, con que ante todas cosas se guarde y cumpla lo contenido en la fundacion del dicho mayorazgo de los Roles que posseyó, sin que se contrauenga en cosa alguna, y no de otra manera: y tambiẽ la aceptan, y se obligan a su cumplimiento doña Maria de la Cerda, muger de Francisco de Ouando, y doña Ysabel de la Peña, muger de Pedro Rol, y tuuo efeto el matrimonio, y en el los dichos Pedro Rol, y doña Luysa de la Peña, aliàs doña Teresa Rol, huuieron por sus hijos legitimos a don Pedro Rol de Ouando y Cerda, reo deste pleyto, que fue el mayor, y a don Francisco de Ouando, padre de don Pedro Rol de Ouando actor, que fue el segundo, y en aquel matrimonio se juntarõ los mayorazgos, porque los de los Ouandos vinieron a parar en el dicho Pedro Rol, y el de los Roles en la dicha doña Luysa de la Peña, aliàs doña Teresa Rol.

23 ¶ Esta mejora, y el mayorazgo de los Roles, a que fue vnida y agregada, se han de reputar por vn solo mayorazgo, y vna propria disposicion, y dõde fuere lo vno ha de yr lo otro, sin que pueda separarse; porque lo vnido sigue la naturaleza de aquello a que se vne, y ambas cosas se hazen de vna propria essencia, l. fin. ff. de alubion, l. sed si plures, §. filio impuberi, ff. de

de vulgari: donde el substituto del hijo no pue de separar la herencia del hijo de la herencia del padre, por auerse juntado en el hijo los bienes de la del padre, y hechose patrimonio suyo; y dá el texto la razon en las palabras finales, ibi: *Aut vtriusque hæreditatem debet habere, aut neutrius, iuncta enim hæreditas esse cœpit*, l. prædijs, §. qui domum, ff. de leg. 3. ibi: *Et ædium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur*, l. 1. §. sciendum, ff. de separationibus, ibi: *Bonis vnitis separatio impetrari nō potest*, c. Imperialem, §. præterea ducatus, de prohibita fœudi alienatione, per Federi. c. super eo, de præbē. in 6. Menoch. consl. 26. n. 26. & consl. 904. n. 83. Craue. consl. 818. n. 5.

24 ¶ Y assi auiendo vacado por muerte de doña Luysa de la Peña, alias doña Teresa Rol, el mayorazgo de los Roles, con la mejora de tercio y quinto a el acrecentada, sucedio en el don Pedro Rol de la Cerda, reo deste pleyto, como su hijo mayor, y vacando despues por muerte de don Pedro Rol de Ouando su padre, los mayorazgos de los Ouandos en que auia sucedido, los repudiò, o renunciò dentro de los 60. dias, para que sucediesse en ellos el inmediato llamado; y vsando de la facultad de eligir que le da el fundador del mayorazgo de los Roles, eligio el quedarse con el, con que le adquirio, y se hizo dueño del; porque en concurso de otro mayorazgo incompatible, el fundador deste de los Roles dexò en voluntad del sucessor el eligir el que quisiesse, ibi: *Que si ouiere dos fijos, o mas, que sea en eleccion del primero tomar, o suceder en el mayorazgo que le viniere, o le podria venir por sucession por su padre, tomar, o venir a este que por razon, y herencia, y sucession de la dicha doña Teresa Rol le podria venir*, & ibi: *E luego que*

E por

por el hijo mayor fuere eligido, qual de los dichos dos mayorazgos quiere, si eligiere este que yo agora hago, luego se llame y tome el dicho nombre y renombre de Pedro Rol, & ibi: *E que a este eleccion de los dichos dos mayorazgos, quando acaeciere se haga, o sea hecha por el dicho fijo mayor luego que ouiere, e fuere de edad cumplida, &c.* & optione, seu electione legata de duabus rebus diuersis potest, quis eam quã maluerit eligere, l. 2. l. cum ita legatur, l. apud Aufidium, cum alijs, ff. de optione lega. & statim quod fit electio dominium maioratus in accipientem transfertur, iuxta l. á Titio, ff. de furtis, l. cum pater, §. Surdo, ff. de leg. 2. & tradit in terminis Dom. Christophorus de Paz, in tract. de tenuta, 1. par. c. 34. n. 55.

25 ¶ Sin que aqui el hijo segundo tenga llamamiento, porque el que tiene es condicional, para en caso que el hijo mayor no elija este mayorazgo, sino el paterno, ibi: *Por manera, que eligiẽdo el hijo primero el mayorazgo de su padre para si, mando que suceda y venga este mayorazgo al hijo mayor varon de los otros sus hermanos*, & ibi: *Salno, que eligiendo y escogiendo el primero fijo para si el mayorazgo de su padre, que este mayorazgo y sucessiõ de su madre passe al segundo hijo*: o quando el hijo mayor dexa passar los 60. dias sin eligir, ibi: *E si fuere menor la haga con consejo de su tutor, o curador dentro del dicho plaço de como fuerẽ requeridos, e no la haziendo, por el mismo hecho passe este dicho mayorazgo al otro fijo, o fija segundo*: illud enim gerundium, *eligiendo*, inducit conditionem, Bart. in l. si tu ex parte, ff. de acquiren. hæredita. Tiraquel. de cessante causa, limitat. 1. á nu. 79. Parlado rer. quotidi. lib. 2. c. fin. 5. p. §. 14. n. 2. y ninguna de las que el fundador puso en el llamamiento del hijo segundo, se ha verificado, porque don Pedro Rol de Ouando que

litiga

litiga, no eligio el mayorazgo paterno de los Ouandos, sino el de los Roles, y esta eleccion hizo dentro de los 60. dias q̃ el fundador mandò, & conditionaliter vocatus, deficiente conditione censetur exclusus, l. si post mortem, §. vltimo, ff. de lega. 1. l. si legatum pure, ff. de adimen. lega. l. si aliquando, ff. de condi. & demo. Bar in l. 2. §. vlti. ff. de donation. Iass. in l. qui filiabus, num. 21. ff. de lega. 1. Craue. cons. 202. num. 26. Menoch. cons. 322. n. 39. & de arbitra. lib. 2. casu 318. n. 15. Mieres, de maioratu, 2. par. quæst. 4. illatione 8. n. 23. & 24. defectus namq; conditionis perinde operatur, ac si à principio maioratus relictus non fuisset, l. si quos fundũ, in fine, ff. de contrahen. emptio. Beroius, cons. 84. n. 74. lib. 2. Mieres, qui eum citat, vbi proxime, num. 19.

26 ¶ Nec referunt verba illa meliorationis tertij, & quinti, ibi: *Con tanto que si lo que Dios no quiera, Francisco de Ouando nuestro hyo legitimo mayor muriere sin dexar hijos legitimos, o en qualquier manera que el dicho Pedro Rol nuestro hijo ouiere, y heredare el mayorazgo que yo el dicho Francisco de Ouando al presente posseo, q̃ en tal caso se ha de llamar y llame el dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, Francisco de Ouando, e sus descendiẽtes que sucedieren en el dicho mayorazgo, q̃ yo el dicho Francisco de Ouãdo posseo, y el mayorazgo que vos el dicho señor Pedro Rol de la Cerda nuestro hermano teneys, e posseeys, suceda y venga en el hyo segundo de los dichos Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, e de la dicha doña Luysa de la Peña nuestra hija, con sus armas e apellido, o en hija, o a falta de hyo, o auiendo dos hijas, que lleue cada vna su mayorazgo: e no auiendo mas de vn hyo, o hya, aquel o aquella goze ambos los dichos mayorazgos, hasta tãto que tenga dos hijos, o dos hijas, o hyo, o hija en quien se puedan apartar y diuidir los dichos mayorazgos, segun de suso està dicho.* Por las quales pretenderà la

parte

parte contraria, que por auerse verificado la condicion de venir a suceder Pedro Rol de la Cerda en los mayorazgos de los Ouandos, que posseia Francisco de Ouando su padre, y auer el dicho Pedro Rol de la Cerda, y doña Luysa de la Peña, alias doña Teresa Rol dexado dos hijos; que son don Pedro Rol reo de este pleyto, y don Francisco de Ouando padre de la parte contraria, se deuieron diuidir en ellos estos mayorazgos, y dar a el dicho don Francisco de Ouando su padre el de los Roles, y ya que no se le dio a el, respeto de la transaccion que hizo con don Pedro Rol reo de este pleyto, se le ha de dar a la parte cõtraria, cuyo derecho quedò reseruado en la dicha transacciõ, porque sucede en el del dicho su padre como su hijo mayor.

27 ¶ Respõdetur enim huic oppositioni. Lo primero, que lo dispuesto en la dicha mejora fue debaxo de condicion, que se cõpadeciesse con los grauamenes y condiciones del mayorazgo de los Roles, ibi: *Compadeciendose con aditamientos, grauamenes, y condiciones de la fundacion del dicho mayorazgo, e no yendo contra cosa alguna de ello, e no de otra manera:* y esta reserua haze q̃ en nada se enquentre, ni quede prejudicado el dicho mayorazgo de los Roles, sino en su fuerça y vigor todo lo dispuesto en el, ex notatis à Burgos de Paz, cons. 2. n. 52. Parlado. rerũ quotidia. lib. 2. c. fin. 5. par. § 12. n. 5. Ioan. Gutie. lib. 3. practi. quæst. 19. n. 7.

28 ¶ Lo segũdo se respõde, q̃ el dezir q̃ el mayorazgo de los Roles passe al hijo segũdo de Pedro Rol de la Cerda, y doña Luysa de la Peña, alias doña Teresa Rol, si el mayorazgo de los Ouãdos viniesse a el dicho Pedro Rol, seria quitar a el hijo mayor la eleccion que de el dicho mayorazgo de los Roles puede hazer, y por el consi-

consiguiente hazer disposicion contraria y repugnante, y esto ni lo quisieron los instituydores de la dicha mejora, pues la agregaron y sugetaron a la disposiciō de el dicho mayorazgo de los Roles, ni aunque quisieran fuera valido, porque no puede el que acrecienta vn mayorazgo ponerle condiciones repugnantes, vt resoluunt post Pinel.& alios, Molin.lib.1.c.8. nu. 35.& 36.Dom.Ioann.del Castillo, lib. 3. cōtrouer.c.10.n.9.

29 ¶ Lo tercero se responde, que esta mejora se hizo por via de contrato entre Frācisco de Ouando, y doña Maria de la Cerda su muger, por si, y como padres de Pedro Rol de Ouādo: y Pedro Rol de la Cerda, por si, y como padre de doña Luysa de la Peña, alias doña Teresa Rol; y en los contratos, para que tengan firmeça y validacion, ha de auer consentimiento, y voluntad de ambas partes, l. consensu, cū alijs, ff. de action.& obligation. y el consentimiento que el dicho Pedro Rol de la Cerda prestò por si, y doña Luysa de la Peña su hija en la aceptacion de la dicha mejora, fue limitado, y debaxo de condiciō de que ante todas cosas se auia de guardar y cumplir lo contenido en la fundaciō del mayorazgo de los Roles, que posseia, sin q̄ se contrauiniesse en cosa alguna, y no de otra manera, memorial, fol.7.pag.2. y con esta condicion tuuo efeto el contrato y matrimonio entre los dichos Pedro Rol de Ouando, y doña Luisa de la Peña, como lo tiene prouado la parte contraria: y auiēdo de guardarse lo dispuesto en el dicho mayorazgo de los Roles, no se pudo quitar a los hijos mayores la elecciō que se les da todas las vezes que huuiere concurso de dos mayorazgos, porque es derecho y facultad que tienen adquirido, quod nec per Princi-

 pem,

pem, nec per concedentem tolli, aut alterari potest, nec alterum loco primogeniti admittere, queriendo el el mayorazgo de los Roles, vt ex Bald. Paulo Castren. Deci. Gozadi. & Menoch. resoluit Mieres, 1. par. quæst. 24. n. 15. 21. & 25.

30 ¶ Siendole pues licita a don Pedro Rol de la Cerda que litiga la elecciõ que deste mayorazgo de los Roles hizo, eo instãti quo facta fuit, vacaron los mayorazgos de Ouãdo como incompatibles, & eorum dominium, & possessio in sequentem vocatum translatum fuit, per text. in l. quoties, C. de donation. quæ sub modo, & in l. 7. titu. 4 part. 5. ex quibus ita obseruant Grego. Lopez, in l. 34. gl. verbo, *el señorio*, vers. *& nota quod similiter*, titu. 9 part. 6. Roderi. Sua. allegat. 9 n. 5. 6. 7. & 16. Tello Hernandez, in l. 27. Tau. n. 2. vers. *tamen in his substitutionibus*, & n. 19. Molin. lib. 3. c. 12. n. 2. D. Christopho. de Paz, qui eos refert d. tracta. de tenu. par. 1. c. 34. n. 12. 13. 25. 26. & 38. ibi: *Per acceptationem secundi maioratus cum primo incompatibilis, statim ipso iure vacare primum primogenium, & eius possessionem transfundi in verum successorem, legis quadragesimæ quintæ Tauri ministerio, nam vt superius dixi, electio vnius aliud dimittit, ex d. l. 1. C. de furtis, l. qui seruũ, ff. de action. & obligation. & probat in indiuiduo tex. in c. de multa, de præben. vbi habens beneficium curæ animarum annexum, si secundum receperit, eo ipso primo priuatus existit, & ipso iure vacat, ratione scilicet prædictæ incompatibilitatis, & eadem decisione, in Clementi. si plures, eod. titu.*

31 ¶ Y asi la duda y cõtrouersia deste pleyto verna a consistir en qual es el inmediato llamado a los mayorazgos de los Ouandos, en quien por la eleccion de don Pedro Rol se ayã transferido, si es su hijo mayor, o lo fue Francisco de Ouando, padre de la parte contraria.

Y que

32 ¶ Y que lo sea el hijo mayor de dõ Pedro, ex pluribus suadetur. Lo primero, porque si se atiende a la disposiciõ del primero mayorazgo de Francisco de Ouando el viejo, despues de el hijo mayor està llamado el nieto, y visnieto, y los otros sus descendientes mayores in infinitum: porque auiendo llamado a Francisco de Ouando el Rico su hijo mayor, en quien fundò el dicho mayorazgo, dize luego: *Y despues del su hyo mayor legitimo, de legitimo matrimonio nacido: y si no huuiere fijo varon, que aya el dicho mayorazgo la fija mayor legitima, de legitimo matrimonio nacida de el dicho Francisco de Ouando vuestro hyo, pero q̃ todavia aya y herede el dicho mayorazgo el fijo mayor, en defecto de la fija mayor descendiente por linea recta: demanera, que si caso fuere q̃ del tal fijo, o fija fincare nieto, o nieta del que assi sucediere en el dicho mayorazgo, que el tal nieto, o nieta suceda en el dicho mayorazgo, por linea recta, y no en hermano, ni hermana del posseedor del mayorazgo, e que el tal nieto excluya a el tal hermano, o hermana: demanera, que todavia lo aya el fijo, o fija del fijo mayor si huuiere, en defecto de fijo, porque la linea recta de quien huuiere de suceder en el dicho mayorazgo no se desfaga.*

33 ¶ Y si se atiende a la disposiciõ del mayorazgo de Francisco de Ouando el Rico, en ella se halla el mismo llamamiento y prelacion de los hijos y descendientes mayores, ibi: *Y despues de ellos su hyo mayor de cada vno de ellos, ni mas ni menos que cada vno de ellos, y despues de el tal hyo mayor su nieto, e visnieto, y dende abajo sucessiuamente qualquiera descendiente legitimo, y cada vno de ellos por linea derecha, en tal manera, que los hyos varones, e sus legitimos descendientes de varon en varon, se prefieran a todos los transuersales, &c.* Et inferiùs, ibi: *Y las hembras entre si se prefieran las de mayor edad, e sus descendientes de vno en otro: y entre los varones,*

el de mayor edad e sus descendientes, de varon en varõ, al de menor edad, e a sus descendientes. Y tambien manda, que el hijo, o hija, nieto, o nieta, visnieto, o visnieta del hijo mayor, que muriere en vida del tenedor del mayorazgo, suceda en el y se prefiera al tio, y da la razon, ibi: *Porque mi voluntad es, que el hijo mayor, y su linea masculina y femenina, en defeto de masculina, se prefiera al hijo segundo, y su linea masculina y femenina.* Ecce como despues del hijo mayor actual, o habitual sucessor, ambos fundadores mandan, que sucedan su hijo y nieto, y los demas sus descendientes mayores vtriusque sexus, excluyendo a los tios y trãsuersales, que es determinar nuestro caso a la letra: porque don Francisco Antonio de Ouando que litiga, es nieto legitimo y mayor de Pedro Rol de Ouando, sucessor y vltimo posseedor de ambos mayorazgos, y assi tiene literal llamamiento; y su tio don Francisco de Ouando, padre de Pedro Rol de Ouando, Actor deste pleyto, exclusion expressa, porque su llamamiento es posterior, a falta de los hijos mayores y sus descendientes, & quisque succedere debet eo ordine quo vocatus est, l. cum ita, §. in fideicõmisso, ibi: *Hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt.* Et ibi: *Et qui ex his primo gradu procreati sunt*, ff. de lega. 2. absurdum enim esset, vt secundus gradus primum antecedat, & excludat, l. potest, ff. de vulga. l. Iurisconsultus, § gradus, ff. de gradibus, Manti. de coniectu. vltima. volun. lib. 8. tit. 8. n. 10. Deci. Tibe. Decia. & alij relati a dom Ioann. del Castillo, lib. 3. controuersiar. c. 15. a n. 26.

34 ¶ Lo segũdo, porque de las quatro reglas y obseruaciones, que en sucessiones de mayorazgos dan prerrogatiua, videlicet, linea, gradus, sexus, & ætas, de quibus per Molin. lib. 3. c.

4. n. 13.



4.n.13.& 14. la principal, y à que mas se atiéde, es a la de la linea: porque auiendo sucessor en la del hijo mayor del vltimo posseedor del mayorazgo, se prefiere a todos los demas, aunque estén en grado mas propinquo, sin que se pueda hazer transito a otra linea, en tãto que en aquella huuiere sucessores, c.1. de natura sucess. feu. & ex pluribus tradit Molin. vbi sup. Couarr. in practicis, c.38.nu.6.& 12. Osasc.decis.23.nu.34. Cephal.cons.656.n.46. Menoch. cons.269 nu. 40. Burgos de Paz, cons.29.nu. 48. Pereir.decis. 59.n.5. Y con esta regla se conformaron los fundadores de ambos mayorazgos, porque quieren que la linea recta del hijo mayor se continue, hasta que todos sus descendiẽtes se fenezcan y acaben, & linea alicuiusque in ordine scripturæ procedit aliam posteriori loco vocatam, præferenda est in ordine succesionis, per tex. in l. generaliter, §. quid ergo, ff. de fideicommissa liberta, & in l. cum pater, §. penult. ff. de lega.2. & notat post Deci. Hippoly. & Decian. domin. Ioann. del Castill. d. lib. c.15.n.27. Y supuesto, que de la linea recta del hijo mayor ay descendientes, pretender la parte contraria suceder, y serles preferido, es yr derechamente contra la voluntad de los fundadores, & audiri nõ debet, l. illis verbis, ff. de condi. & demons. ibi: *Contra voluntatem defuncti petens, audiri non oportet*, l. si quis pecuniam, ff. si quis omissa cau. testa. ibi: *Planè indignandum est circumventam voluntatem defuncti, &c.* Molin. lib.1.c.3.n.7.& lib.3.c.1. nu.1. cum alijs seqq.

35 ¶ Lo tercero, que aunque los llamamientos de ambos mayorazgos son para en caso de muerte, procedẽ y han lugar en caso de incompatibilidad y repugnancia: porque eligido vn mayorazgo, de la misma manera vaca, y passa

al inmediato llamado el otro incompatible, q̃ si el que le repudió fuera muerto, porque el caso de muerte se estiende a todos los demas casos, que induzen la misma vacante, y todos se gouiernan por vn propio derecho, nam dispositum in vno, censetur dispositum in reliquis, l. Gallus, §. & quid si tantum, ibi: *Ad similitudinẽ mortis cæteri casus admitendi sunt*, ff. de libe. & posthu. glos. verbo, moriente, per tex. ibi in Clemẽ. ne Romani, §. sanè, de electione, glos. similis, verbo, mori, in Clemen. 1. vt lite pendẽte, l. necem, §. deportatus, ff. de bon. liberto. l. mulier, ff. ad Trebelli. l. si mater, C. de institu. & substit. sub condi. factis, c. si Episcopus, de supplen. negli. Prælato, lib. 6. l. 28. tit. 4. p. 5. vbi morti iudicis alios casus similes æquiparat, & docet Bart. in l. ex ea parte, §. in insulam, in princip. & in fi. & ibi late Alberi n. 1. ff. de verbor. obliga. & est communis sententia secundum Ias. in l. si decesserit, n. 10. per text. ibi, ff. qui satisda. cogan. Alciat. in d. §. in insulam, n. 6. vers. merito, Tiberi. Decian. cons. 86. n. 39. lib. 3. Boeri. decis. 104. n. 7. Molin. lib. 1. c. 13. n. 59. Mier. 2. p. q. 3. nu. 30. & 56. & 3. p. q. 18. n. 3. Molin. Theolog. 3. tom. de iust. & iur. disput. 638. n. 5. in fin. Tiraque. de primoge. q. 23. n. 15. & q. 53. n. 16. Greg. in l. 2. tit. 15. p. 2. glos. 17. verbo, *si dexasse fijo, o fija*, dom. Christopho. de Paz, qui eos refert d. c. 34. n. 14. 15. 16. & 65. de tenuta, ibi: *Electo vno ex prædictis primogenijs, aliud vacat ipso iure, & pro mortuo habetur ille, qui illud possidebat, ratione prædictæ incompatibilitatis, & cum possessio vacare non possit, statim electione facta, continuatur possessio in sequentem in gradu, & simul cum ea dominium in eum trãsfertur, ex l. Taurinensis decisione, & prouisione, alioqui enim daremus duos dominos, & possessores insolidum, iuris præceptis reclamantibus.* Cuius ratio esse potest, nam quã-

uis

uis conditiones de iure sunt in forma specifica adimplendæ, tamen sufficit impleri secundum voluntatem disponentis, vt in d.l. si mater, C. de institu. & substitu. & in l.5.tit.4.p.5. ibi: *Ca en este caso, y en todos los otros semejãtes del, en que sea puesta condicion, en qual manera quier, que se cumpla la voluntad del que la puso, vale el donadio*; vbi notat Gregor. glos.1. verbo, quier, & post eum Mier. relatus & sequutus a dom. Christoph. de Paz, d.c.34.n.17. cum igitur ab institutorum voluntate & dispositione horum maioratuum incompatibilitas proueniat, & electo vno, alterũ vacare contingat, ac si possessor decessisset, consequens est hunc casum vacationis morti æquiparari, vt cõsiderat Paz vbi proxime, paria enim sunt in rerum natura non esse, vel esse, & succedere non posse, l.1.§.vlt.ff.de bono. posse. cõtra tabu. & notat Paz vbi sup. n.18. vnde multi casus in iure inueniũtur, in quibus inhabilis excluditur vt mortuus, & admittitur subsequens.

36 ¶ Primus casus est, in d.l. si nocem, §. si deportatus, ff.de bon. liberto. vbi si filius sit deportatus, & ideo inhabilis ad sucesionem, nepos admitti debet ad bonorum possesionem, quia filius mortui loco habetur.

37 ¶ Secundus casus est, quando possessor maioratus ingreditur Religionem bonorum incapacem, & in ea profitetur, quia statim fit locus sequenti in gradu, & remedio tenutæ vti potest, ac si possessor maioratus verè mortuus fuisset, vt cum Gregor. & Mier. tradit Paz, d.c.34. n.16.

38 ¶ Tertius casus est, in l. ex facto, §. si quis rogatus el 3 ff. ad Trebel. vbi cõditio illa si sine filijs decesserit posita in substitutione pro impleta habetur, quando grauatus damnatur in metalum, quia seruus pœnæ efficitur, vt notat

ibi

ibi Angelus; in principio, dict. l. ex facto; & Alexan. conf. 13. num. 2. lib. 1. Roland. conf. 97. num. 39. lib 2. Mieres, 3. par. quæst. 3. n.

39 ¶ Quartus casus est, in dict. l. mulierque, ff. ad Trebel. vbi fideicommissum relictum à matre filio, & colatum in tempus mortis patris in cuius potestate erat filius, debetur ei immediatè qualitercumque factus fuerit sui iuris, quia non crediderat mater, patrem filium emácipaturum, & ideo distulerat in mortem eius fideicommissum, el qual no dilatara, si entendiera que el padre en su vida le auia de emancipar.

40 ¶ El quinto caso es, quando el posseedor del mayorazgo comete algun delito, por el qual, conforme a la institució del mayorazgo, pierde la sucesion del, tunc enim reputatur pro mortuo, & possesio transit in sequentem, vt ex pluribus obseruat Mieres, 3. par. quæst. 3. num. 3.

41 ¶ El sexto caso es, quando vno haze donacion causa mortis, quia morte naturali confirmatur, y si se entra en Religion tambien se confirma, porque es muerte ciuil que se equipara a la natural, glo. verbo, *mortuus*, in cap placuit 16. quæst. 1. vnde infert Tellus Fernan. in l. 17. Tau. num. 6. que aunque por aquella ley, y la ley 44. de Toro, el padre puede reuocar el mayorazgo hasta el dia de su muerte, si no es en los tres casos que en ellas se exceptuan; si se entrare en Religion, y professare en ella, quedará el mayorazgo irreuocable desde el dia de la profession, por la equiparacion de la muerte ciuil, y la natural: & regulare est, quod quádo militat eadem ratio in morte ciuili, quod in naturali, & repræsentatur idem effectus in ciuili, sicut in naturali tunc æquiparantur, & dispoli-

positum in casu naturalis locum, sibi vendicat in ciuili, etiam in materia odiosa, & correctoria, vt cōcludunt Felin. in cap. licèt vndique, num. 2. de offic. deleg. Alexan dict. consi. 13. num. 1. lib. 3. Socinus seni. dict. consi. 92. á num. 1. lib. 1. per totum, Ægidi. Bosi. titu. de bonorum publicatione, num. 35. Paz, dict. cap. 34. de tenuta, num. 28. vbi num. 14. & seqq. præfatos casus recenset, & comprobat.

42 ¶ Lo quarto, con que se persuade el assumpto que lleuamos, es, que en don Pedro Rol que litiga concurrieron ambos mayorazgos, el de los Roles, y el de los Ouandos, y entrambos los adquirio y posseyò, hasta que eligio el de los Roles; porque el grauamē de apellido y armas de los dos mayorazgos es modal, y no condicional, y no impide la adquisicion del dominio y possession de los bienes, quia post maioratus acquisitionem, & non ante venit implendum, vt benè explicant Molina, lib. 2. cap. 12. num. 11. & 13. cum alijs, & cap. 14. num. 12. Dom. Ioannis del Castillo, lib. 5. controuer. par. 2. cap. 180. num. 20. & seqq. Y assi, quando para dar principio, o continuacion a la linea, fuera necessario el auer sido don Pedro Rol posseedor de los mayorazgos de los Ouandos, lo fue mas de cinquenta dias, que passarō desde que se le defirio la sucession dellos, hasta que eligio el de los Roles, y renunciò los de los Ouandos, con que adquirio los mayorazgos para toda su linea, para que no salgan della, ni hagan transito a otra, en tanto que huuiere en aqlla linea sucessores, vt pulchrè declarat Domin. Ioann. del Castillo, dict. cap. 180. num. 23. ibi: *Quo ad alium tamen effectum, ex maxima differentia, & multum interest, an modalis, an conditionalis sit dispositio, nam si modalis est, non*

impeditur succesſio, & acquiſitio, & poteſt quis ſuccedendo, lineæ principium conſtituere, & ſucceſſoribus ſuis, & lineæ, ius admodum conſiderabile cauſare: y eſto ès para en caſo que ſe trate de la linea del vltimo poſſeedor, la qual no conſtituye el que no poſſeyò; pero ſi ſolo ſe trata de la linea primogenita (como aqui) el que primero nace adquiere el derecho de primogenitura para ſi, y todos ſus deſcendientes, en excluſion de la linea del hijo ſegundo, y los demas, vt benè docet Molin. lib. 3. cap. 6. num. 29. cum alijs ſeqq. & num. 35.

43 ¶ Pero aqui no era neceſſario, que don Pedro Rol que litiga huuiera poſſeydo los mayorazgos de Ouando, para que la ſuceſsion dellos ſe continuara en ſus deſcendiẽtes, porque los poſſeyò Pedro Rol de Ouando ſu padre, el qual conſtituyò linea de poſſeedor para ſi, y ſus deſcendientes, con prelaciõ de la linea primogenita a todas las demas, porque tiene llamamiento la linea recta del poſſeedor; y en apelacion de la linea recta ſolo ſe comprehenden los primogenitos deſcendientes, y no ſe comprehenden los ſegundogenitos, ni ſus hijos, vt probant Menchaca, de ſucceſsionum creatione, lib. 3. § 27. num. 20. Ceuallos, lib. communium contra commu. quæſt. 905. nu. 113. Molin. lib. 3. cap. 6. n. 33. Gutierr. lib. 2. Canoni. c. 14. n. 47. eleganter Pereira, cõſ. 15. n. 17. y no ſe contentaron los fundadores con llamar la linea recta primogenita, ſino q̃ nominatim llamaron a el hijo, y nieto, y viſnieto de el hijo mayor ſuceſsiuamente, ſin hazer digreſion de ſu linea a otra, mientras no ſe acabare la primogenita: y aũque Pedro Rol reo deſte pleyto por la incõpatibilidad de los mayorazgos, y eleccion del de los Roles ſe hizieſſe incapaz de los

ma-

mayorazgos de Ouando, no por esso passaron a la linea de su hermano segundo, sino se continuaron en la suya como si el fuera muerto, como ya dexamos fundado, y lo demas seria yr contra la voluntad, y expressa disposició de los fundadores, y aun contra lo dispuesto por derecho: porque si despues del hijo mayor está llamados su hijo, nieto, y visnieto, como quiere suceder el transuersal auiendo nieto? l. hæredes mei, §. fin ff. ad Trebel. ibi: *Propter gradus fideicōmissi præscriptos*, id est, prænominatos, secũdum glossam ibi, & quo quomodo substituti primi subducantur de medio, alij substituti in secundo gradu efficiuntur primi, & ad succesionem admittuntur, l. coheredes, ff de vulgari, Paul. consf. 267. nu. 11. lib. 2. Alexand. consf. 1. n. 1. lib. 1. Parisi. consf. 19. n. 149. lib. 2. Rolan. cõs. 70. n. 69. & seqq. lib. 3. Honded. consf. 51. nu 41. volum. 2. Alua. Valas. consulta. 139. n. 7. vers. *comprobatur*, tom. 2. vnde estando substituydos a don Pedro Rol, padre del que litiga su hijo mayor, y su nieto, y visnieto, quitado de por medio el hijo mayor, que en primero lugar estaua substituydo, y reputandole por muerto, porque eligio el mayorazgo de los Roles, entra el nieto, que es dõ Francisco Antonio de Ouãdo su hijo, y esto está decidido por la l. 45. de Toro, supuesto que el incapaz se reputa por muerto, ibi: *Muerto el tenedor de el mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession se traspasse la possessiõ ciuil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder en el.*

44 ¶ Contra todo esto opone el abogado de la parte contraria, que al punto que don Pedro Rol aceptò, o eligio el mayorazgo de los Roles, hizo cabeça de linea, e incluyó a sus descendientes en la sucesion del dicho mayorazgo, y

por el consiguiente los excluyó de los mayorazgos de Ouando, por ser incompatibles con el, nam licèt quo ad descendentes succesio viuente patre sit in suspenso, se ha de continuar en ellos por su muerte, y asi se reputan por sucessores, y excluyen a los de las otras lineas, ex l. 40. Tau. cum congestis à Molin. lib. 3. cap. 6. à num. 36.

45 ¶ Y que demas desto, el caso deste pleyto se ha de juzgar por lo dispuesto por la l. 7. tit. 7. lib. 5. recop. aunque ninguno destos mayorazgos sea de dos quentos de renta, como por aquella ley se requiere: porque se han de considerar en ella dos partes. La primera, en q̃ declara quales mayorazgos son incompatibles. La segunda, en que dispone la sucesiõ, en caso de la dicha incompatibilidad: y aunque los mayorazgos sobre que es este pleyto no son incõpatibles por la primera parte de la ley, porque ninguno es de dos quentos de renta, sonlo por la voluntad de los fundadores, que prohibierõ la junta de ellos: y supuesto que esta volũtad es ley, vt in authẽ. de nuptijs, §. disponat, y que en los mayorazgos de Ouando no se declara quien ha de suceder en ellos, quando concurrẽ con otro incompatible eligido por el sucessor, ase de estar a lo dispuesto por la dicha ley en su segunda parte, porque en España no ay otra q̃ lo determine, y asi ha de suceder el hermano segundo, y no los hijos del hijo mayor, vt in ipsa lege statutum est; y que asi lo resueluen el señor don Iuan del Castillo, lib. 3. controuer. c. 28. n. 26. & tom. 6. c. 177. n. 2. & c. 178. nu. 12. & 14. Robles de Salcedo, de repræsentatione, lib. 2. c. 6. n. 7. y Molina, si atentamente se lee, lib. 3. c. 12. n. 30. sin que obste el dezir, que aquella ley es correctoria, y odiosa, y se ha de restringir al

caso

caso en que habla: porque aunque en la primera parte es correctoria del derecho comũ, quatenus excludit à successione filium primogenitum, nõ se vale de aquella parte el actor; porq̃ la incompatibilidad y exclusion destos mayorazgos no prouiene de la ley, sino de los fundadores: y en la segunda parte, en quanto ordena la sucesion, es fauorable al bien publico, y familias de los fundadores, & ab ea non est recedendem, prout hæc, & alia ad idem conducibilia aduocatus ipse in sua iuris allegatione lato calamo congerit.

46 ¶ A que se satisfaze con algunas respuestas concluyentes, que eliden y eneruan aquesta oposicion, y sea la primera, que aunque es verdad, quod primogenitus nascendo se inclusit, y adquirio para si, y toda su linea el derecho de primogenitura, y sucesion habitual, excluyendo a las demas lineas, y mucho mejor despues de auer sucedido, vt refert Bald. in l. cum antiquioribus, nu. 11. vers. nono, C. de iure deliberan. citatus à Molin. lib. 3. c. 6. n. 30. vbi nu. 36. cum alijs, optimè explicat, la continuacion en los descendientes en el caso de que se trata no es precisa, porque podra don Francisco Antonio, si la sucesion del mayorazgo de los Roles se le defiere, repudiarle, contentandose con los mayorazgos de los Ouandos que possee, y passarà el de los Roles a el inmediato llamado, en conformidad de la clausula del mismo mayorazgo, ibi: *E que puesto que tenga el otro mayorazgo, tome qual de ellos quisiere, y dexe el otro para la persona que le pertenezca, segun la disposiciõ ya dicha:* de suerte que no por auer don Pedro Rol eligido el mayorazgo de los Roles necessitò a sus descendientes a que sucedan en el, ni los inhabilitò de la sucesion de los mayorazgos de los

Quandos, por no poder concurrir en vn posseedor, pues puede el hijo mayor eligir el que quisiere.

47 ¶ La segunda respuesta es, que la ley 7. assi en la primera, como en la segunda parte, es exorbitante y correctoria del derecho comun: en la primera parte quatenus prohibet concursus maioratuum, no estando de derecho prohibido, aunque fuessen de mayor renta, y se juntassen por casamiento: y en la segũda parte, en quanto quita la sucesion del mayorazgo repudiado, al hijo mayor y su linea, a quien pertenecia por la l.2.tit.15.p.2.y la l 40.de Toro, cum notatis a Molin.d.lib.3 c.6.n.50.cum alijs, y la da al hijo segundo, omnis enim recessus a iure communi est odiosus, c.1.in fin.de filijs presby. Abb.in c.dilecti, n.5.de donation.Craue. cons. 170.n.3.Manti.de coniectu.vlti. volunta. lib.7. tit.1.n.8.Mier.2.p.q.6.n.506.& sic d.l 7.est restringenda ad casum in quo loquitur, nec potest ampliari ad casum diuersum, etiam si eadem ratio, aut maior, ac omnimoda similitudo vrgeat, l.quod vero contra, ff.de legibus, c.quæ a iure communi exorbitant, de regu.iur.in 6. Ias. in authen.quas actiones, n.22. de sacrosan. Eccles.Nauar.in commenta.sedatis & promi. pro iustitia, vel gratia, notabili 17.nu.31. dom.Illefons.Perez de Lara, de anniuer.& Cappell. c.5. a n.13.dom.Christoph.de Paz, d.tracta. de tenuta, tom.2.c.57.n.187. cum alijs seqq. vbi ex Barbos.tradit hanc sententiam procedere, etiã si lex ob publicam vtilitatem contra sit, Iacob. Cancer.variar.resolut.1.p.c.7.n.12.

48 ¶ La tercera respuesta es, quod testator præsumitur voluisse, ita disponere, vt minus lædatur ius commune, vnde eius dispositio debet interpretari, vt non inducat aliquid exorbitans

a iure, glos. verbo, vniuersa, in l. talis scriptura, ff. de lega. 1. Bart. in l. vxori, §. 1. ff. de lega. 3. Mantica, de coniectu. vltima. volun. lib. 6. tit. 6. n. 16. & 17. Mier. d. q. 6. n. 499. cum sequenti: y por la dicha l. 7. se induze priuacion del derecho que cōpete al hijo mayor, & excludere aliquem a successione sibi de iure competenti, est pœna, l. si is qui hæres, verbo, penas, ff. de vulgari, per quem tex. dixit ibi Ias. n. 4. quod statutum reddens aliquem successionis incapacem, dicitur pœnale, correctorium & odiosum, quem sequitur Molin. lib. 3. c. 4. n. 21. & c. 5. eodem nu. ibi: *In materia autem correctoria, & pœnali, simul extensio ex identitate rationis expressæ, vel sub intellectæ admittenda non est*, & alios in comprobationem adducit, quibus assentitur Mieres vbi proxime n. 502. & 503. ibi: *Et excludere aliquem a successione maioratus est species exhæredationis*. Y assi, para induzir esta pena y priuacion, es necessaria disposicion expressa, sin que baste tacita, ni presunta, authen. de non eligen. secundo nubem, §. cum igitur, vers. Non est, l. at si quis, §. diuus, ff. de Religio. & sumpti. fune. Osasc. decis. 147. n. 4. Vincen. de Franch. decis. 11. n. 23. Surd. decis. 200. n. 1. dom. Christoph. de Paz, d. c. 57. nu. 123. & nu. 187. Mier. qui plures refert d. q. 6. num. 502. ibi: *Quod confirmatur, quia vbi agitur de priuatione alicuius, requiritur expressa priuatio*. Et n. 503. ibi: *Et in materia exclusiua, vel priuatiua, id quod non est expressum, non inducit priuationem*. Y aqui no ay disposicion tacita, ni expressa, que excluya a los hijos mayores, y la que ay es en su fauor; porque los llama y admite.

49 ¶ La quarta respuesta es, que como queda aduertido, despues del hijo mayor està llamado en ambos mayorazgos su hijo primogenito, y su nieto, y los demas sus descendientes

por

por linea recta, y assi han de suceder, etiam si citra casum mortis pater excludatur, & incapax fiat, l. si ita, ff. quando dies legati cedat, l. si mater, C. de institu. & substi. & testatur dom. Ioan. del Castill. d. lib. 3. c. 15. n. 49. & seqq. vbi n. 52. vers. Sexto & vltimo, firmat hoc procedere etiã si vocetur sequens in gradu, quia nihilominus filius succedit, & nõ transuersalis alterius lineæ, si pater ad succedendum inhabilis fiat: y cita a Aluar. Valasc. Panciro. Alex. Raud. Molin. Mier. Surdo y otros: lo qual comprueua en el n. 64. cõ dos consejos de Corneo, cuyas palabras refiere, & repetit n. 36. & 37. vbi ex Tello Fernand. & Mier. probat sequentem in gradu esse filium.

50 ¶Y esto se confirma, porque en el vno destos mayorazgos no ay preceto, ni exclusion; y en el otro, que es el de Francisco de Ouando el Rico, ay exclusion del sucessor que no guardare el preceto de armas y apellido, y no la ay de sus descendiẽtes, y assi es personal y no lineal, quia exclusio non debet subintelligi, quæ in verbis dispositionis non reperitur expressa, Deci. cons. 379. n. 7. & cons. 553. n. 4. & cons. 688. Rubeus, cons. 94. Francis. Becci. cons. 107. n. 19. Petr. Surdus, cons. 416. n. 13. mayormente, siendo contra aquellos qui antea in eadem dispositione vocãtur expresse, como aqui lo estan los hijos y descendientes del hijo mayor, Alexan. Ias. Deci. & alij relati & sequuti a dom. Ioan. del Castill. d. c. 15. n. 22. & seqq. lib. 3. & inde euenit, quod dispositio vnam personam excludens, non trahitur ad aliam, si casus dissimilis est, Paris. cõs. 47. n. 77. lib. 3. Burg. de Paz, d. cons. 29. n. 52. & n. 61. Menoch. cons. 197. n. 68. Honded. cons. 95. n. 98 lib. 1. Simon de Prætis, de interpret. vltim. volũ. lib. 3. dubitat. 3. solut. 2. n. 27. & cons. 90. n. 7. & 29. vbi tradit, quod exclusio, vel inclusio non se

extendit

extendit vltra personas nominatim exclussas, vel nominatim vocatas, eum cum Mier. sequitur dom. Ioan. del Castill. d. c. 15. n. 24. 25. 28. & 29. donde aduierte ex Molin. Mier. Couarr. Gutie. Surd. y Burg. de Paz, que para poder suceder el hijo segundo, en exclusion del primero que tiene fundada su intencion en los llamamientos precedentes, està obligado a mostrar disposicion contraria, tan clara y expressa, que no se pudiera dudar della.

51 ¶ La quinta respuesta es, q̃ como ya queda aduertido sup. n. 42. don Pedro Rol que litiga, posseyò estos mayorazgos de Quando, hasta que eligio el de los Roles: y por esta possession, sin atender a la de su padre, constituyò linea, y adquirio derecho para sus hijos y descendientes, con prelacion a la linea de su hermano don Francisco, a la qual no puede hazer transito la sucession, mientras en su linea huuiere descẽdientes, que la ocupen, como dexamos fundado sup. n. 34. & preter ibi citatos, obseruat dom. Ioan. del Castill. d. c. 15. n. 53. & pluribus confirmat Mier. omnino videndus, 2. p. q. 4. illat. 8. a n. 308. quem sequitur dom. Ioann. del Castillo, lib. 5. controuer. p. 2. c. 178. n. 2. vers. Distinguendum idque erit, & vers. Vbi vero, donde cita a Valençuel. Velazq. cons. 97. a n. 130. y a Iuan Antonio Bellon. cõs. 65. n. 77. que siguen la misma opinion.

52 ¶ La sexta es, que en estos mayorazgos ay muchas sustituciones, en cada grado la suya de por si, sin que dependan las vnas de las otras, y cada llamado sucede por su propio derecho, y por su llamamiento, y no por derecho trasmitido de los que le preceden: porque tantos llamamientos ay, quantas son las personas llamadas, y cada vna sucede sublato de medio præce-

 denti

denti successore, vt animaduertit pluribus relatis Molin. lib. 1. c. 1. n. 17. & lib. 3. c. 6. n. 39. & 43. ibi: *Secundus, quando non solum filius primogenitus, & omnes descendentes in infinitum ad maioratus successionem inuitati sunt, tunc namque cum vnusquisque primogenitus habeat propriam vocationem, nullo pacto dubitari potest, nisi quod mortuo parente ipse in eius locum subrogandus sit eiusque personam repræsentare debeat, prout sup. lib. 1. c. 1. n. 17. ostensum est, quamuis hæc nō tam repræsentatio, quam propia vocatio, atque substitutio censenda sit, &c.* Bartholom. Socin. cōs. 63. n. 3. lib. 3. Parisi. cons. 18. n. 38. & cons. 44. lib. 2. Mier. 2. p. q. 10. nu. 4. & 5. quos sequitur dom. Ioann. del Castill. d. c. 15. n. 45. & 46. Y aunque estos Doctores hablan en caso de muerte, vt sequens vocatus admittatur cum obierit præcedens: lo mismo es quando su sustitucion se caduca por otra causa, y se haze incapaz de la sucession, vt profitentur Mantic. de coniectu. vlt. volun. lib. 8. tit. fin. n. 49. & 50. Honded. cons. 75 n. 39. lib. 1. Tiraqu. de primogenit. q. 3. n. 16. Molin. lib. 1. c. 9. n. 29. & 30. ibi: *Ideoque primo vocato existenti incapace, statim sequenti substituto locus fit, ac si primus vocatus non fuisset,* dom. Ioan. del Castill. d. c. 15. n. 46. cum alijs seqq. ibi: *Quoniam in hac materia paria sunt, mortuum esse aliquem, & sic non extare, siue extare, & non posse succedere, l. pater filium, & ibi glos. ff. de inoffi. testa. l. 2. §. sed si sunt sui, & ibi notat Bar. ff. ad Sena. Consul. Tertuli. l. 1. §. vltim. cum l. sequenti, & ibi etiam Bart. ff. de bono. posse. contra tabu. l. si necem, §. si deportatus, l. si ex mo dica, ff. de bon. liber. incapax pro mortuo reputatur, l. 1. §. sed si patronus, ibi pro mortuo habetur, ff. de coniungen. cum emancipa. libe. eorum, nec obstat sequentibus in gradu (vt supra dixi) imo statim fit locus sequēti substituto post eum, ac si primus vocatus non fuisset:* y assi bastò, que don Pedro Rol, por la incompati-

patibilidad del mayorazgo de los Roles, y elecion que del hizo, se hiziesse incapaz de los de Ouando, para que passassen a sus hijos, y ellos sucediessen por sus personas y sus llamamiẽtos, sin dependencia, ni transmission de su padre.

53 ¶ La setima respuesta es, que aunque dõ Francisco Antonio, en el caso de que se trata, no ha menester valerse del derecho de la representacion, por tener en su fauor la prerrogatiua de la linea, y no ser della la parte contraria, y por auer sucedido por su propio derecho y llamamiento, sin tener necessidad de representar a su padre, vt in responsione præcedenti probabimus, quando la tuuiera, aunque regularmente al hijo no se le concede, sino en caso que su padre aya podido suceder, vt obseruat Molin. lib.3.c.7.n.1.& 2.dom.Ioan.del Castill.d.lib.3. controuer.c.19.n.64.Robles de Salzed.d.tract. de repræsent.lib.2.c.20.n.7. Y pues aqui no pudo por la incompatibilidad, videtur quod filius sit hoc remedio destitutus, esta regla se restringe, vt procedat quanto pater, & persona sic repræsentata nullo tempore primogenituræ ius in potentia, seu in spe habere potuit, quia a natiuitate incapax, aut impeditus erat, secus verò est, quando aliquo tempore ius primogenituræ in spe, vel in potentia habuit, tunc enim quãuis ex post facto inhabilis ad maioratus successionem fiat, nihilominus eius filius, repræsentãdo personam patris ad successionem admittẽdus erit, vt explicant Molin.d.c.7.n.4.dom.Ioã del Castill.d.lib.3.controuer.c.15.n.76. Robl. de Salzed. vbi sup.

54 ¶ In specie vero nostra, llana cosa es, que dõ Pedro Rol, desde que nacio tuuo el derecho de primogenitura a los mayorazgos de Ouando, porque los posseia su padre, y el era el hijo

mayor

mayor que tuuo, y si despues por auer eligido el mayorazgo de los Roles se hizo incapaz de los otros, fue per accidens, y no porque à tempore suæ natiuitatis illa incapacitas cum concomitauerit, pues como eligio el mayorazgo de los Roles, pudo eligir los de los Ouādos, y fuera en ellos preferido: demas de lo qual, como ya queda aduertido, posseyò todos tres mayorazgos hasta que hizo la eleccion, con que adquirio derecho para que la sucession se continuasse en su linea, quando su padre no le huuiera adquirido, como tambien se adquirio, respeto de auer posseido los mayorazgos de los Roles, sobre que se litiga.

55 ¶ La 8. respuesta es, quod licet regula cōcinat, quod vna persona à successione exclussa, censentur etiam exclusi ab ea descendentes vti procedentes à radice infecta, quia non potest plus iuris esse in causato, quam influenti potentia causæ, l. si viua matre, C. de bonis mater. l. in his, §. 1. l. quod ipsis, ff. de regu. iuris, & ex Tiraquel. Cephalo, Mantica, Menoch. Molin. Mieres, & alijs, tradit Dom. Ioan. del Castillo, d. c. 15. n. 60. el mismo pone algunas limitaciones a esta regla, que se ajustan al caso de que se trata.

56 ¶ La primera es, quando los hijos y descendientes de la persona exclusa tienē llamamiento expresso, & nunquam excluduntur (como aqui) tunc enim non obstante exclusione patris, filij indistincte admittūtur, propter expressam substitutionem, vt ex Fulgosi & alijs, quam plurimis concludit Dom. Ioann. del Castillo, dict. num. 60.

57 La segunda limitacion es, quando en los hijos y descendientes milita la misma causa de exclusion que huuo en el padre, secus vero esse,

se, quando ratio cur pater, vel mater excluditur, non militat ęqualiter in filijs, vel si excluderentur ob aliquam qualitatem, quæ in eius filijs, & descendentibus cessaret, como aqui ha sucedido, que don Pedro Rol fue excluso, por posseer, y auer eligido el mayorazgo de los Roles, incompatible con los demas; y esta razon cessa en don Francisco Antonio su hijo, porque no possee el mayorazgo de los Roles, ni otro alguno, ni aunque su padre muera es fuerça que le possea, porque puede repudiarle, y en caso que le elija dexará los mayorazgos de Ouando, & sic exclusio patris, sibi non obest quominus admittendus sit, vt pulchrè declarat plures ad idem adducens Dom. Ioann. del Castillo, num. 63. vbi ad institutum nostrum ait: *Sed sic est, quod in casu præsenti, ea ratione institutores horum maioratuum excludunt eum, qui in maioratu principali successerit, quia sic succedendo, satis ei erit consultum, sed hæc ratio, non æqualiter militat in eius filijs, nec qualitas illa concurrit in eisdem siquidem dici non potest, quod ipsi successerit in dicto maioratu principali, ex eo quod pater eorum successerit, nec etiã satis eis consultum est ipsa met parentis successione (vt de se patet) ergo exclusio patris non simpliciter, sed quia successit in d. maioratu principali facta, nullo modo eis debet obesse.*

58 ¶ La tercera limitacion trae en el num. 70. videlicèt, vt præfata regula, quod exclusa vna persona eius descendentes exclusi censeãtur procedit quando filij, aut descendentes ad successionem veniunt ex persona patris, vel matris per repræsentationem, & tanquam subrogati, & sub ingredientes eorum locum, & gradum, secus tamen esse quando ad successioné veniunt ex persona eorum, & iure proprio, vti existentes proximiores in gradu, como aqui

 viene

viene don Francisco Antonio, vt ostendimus supra num. 52. in ea enim specie non consideratur medium à quo procedunt, nec inhabilitas, & exclusio parentum eis obest, quia veniunt per locum à remotione, seu priuatione parentum, quia gradus superior est euacuatus, & de medio sublatus, & nō veniunt per repræsentationem, aut transmissionem, sed intrant locum quem inueniunt vacantem, vt ex Bar. Bal. Socino, Fulgosio, Alexand. Mandelo Alben. Corneo, Siluest. Aldrobandi. & alijs, comprobat Dom. Ioann. del Castillo, dict. num. 70. & duobus seqq.

59 La quarta y vltima limitacion es, vt regula procedat quando aliquis simpliciter, & indistinctè exclusus est, ita quod semper, & absolutè incapax, & inhabilis fuerit ad succedendum, nec vllo modo, & tempore succedere potuerit, in ea namque specie eius filij, atque descendentes inhabiles, & exclusi censendi sunt, sed si non simpliciter, & absolutè exclusus est, sed potius vocatus, & in aliquem euentum exclusus, ita quod aliquando capax fuerit, tunc eius descendentes non cēsentur inhabiles, nec exclusi, sed eo ipso, quod pater vocatus fuit, vel saltim aliquo tēpore, vel aliquo casu habilis esse potuit, descēdētes eius habiles, & capaces ad successionē sūt, vt tenet Costa, de successione Regni, 3. p. n. 44. & 45. Pereg. Aluar. Valas. Caldas Pereira, & Alex. Raudē. quos citat D. Ioan. del Castillo, d. c. 15. nu. 76. Molin. ab eo citatus, lib. 3. c. 7. n. 4. ibi: *Quæ omnia quando pater nullo tēpore primogenituræ ius, nec in potentia, nec in spe, habere potuit, intelligenda sunt, veluti si erat spurius, seu naturalis, etiam si legitimatus esset in casibus, in quibus resoluimus legitimatum ad maioratus successionē non admitti, vel aliter à maioratus successione à tempore*

pore natiuitatis exclusus fuit, secus autem si pater ali- quo tempore ius primogenituræ saltem in spe, vel in po- tentia habuerit, tunc namq; etiam si ex post facto inha- bilis ad maioratus successionem efficiatur, nihilominus tamen filius eius repræsentando persona parentis, suc- cessionem maioratus consequetur, si enim inhabilis, & incapax ad successionem pro mortuo habendus est, l. ne- cem, §. deportatus, ff. de bon. liber. cum alijs quæ supra lib. 1. c. 9. n. 29. latiùs adduximus, consequens est, vt idem in filio incapace dicendum sit, &c. Dotrinas q̃ se aplican bien al caso deste pleyto; porque dõ Pedro Rol, que litiga, desde que nacio tuuo el derecho de primogenitura in spe certa, & im- mutabili para suceder en los mayorazgos de Quando que posseyó su padre, como en efeto sucedio: y si despues se hizo incapaz dellos, fue por auer eligido el de los Roles, y no porque no tuuiesse llamamiento, y pudiesse quedarse con ellos si quisiera eligirlos, y repudiar el de los Ro les.

60 ¶ La 9. respuesta es, que si a dõ Francisco Antonio sele quitassen estos mayorazgos, seria priuarle sin justa causa de su llamamiento, y de la eleccion que le compete para quedarse con ellos, o renunciarlos, y tomar el de los Roles quando se le defiera, y dar ocasion a que no go- ze ninguno: porque no puede viuir mas que el su padre, como a viuido mas que los otros dos sus hermanos, que murierõ despues que eligiò el mayorazgo de los Roles, y que los goze pri- mero quien tiene llamamiento posterior? con- tra regulam de qua supra num. 33. vbi ostendi- mus quodquisque succedere debet eo ordine quo vocatus est.

61 ¶ La 10. respuesta es, que la dotrina del señor don Iuan del Castillo, y Robles de Salce- do no se ajusta al caso deste pleyto, porque ha- blan

blan en disposicion de mayorazgo donde no ay llamamiento de los hijos del hijo mayor excluso por incompatibilidad, sino del hijo segũdo, vt patet in d. c. 178. n. 2. vers. *Verum in propositis terminis*, ibi: *Filioque ipso maiore exclusso, & secundo filio vocato, omnes ab eo descendentes in futurũ exclusi censentur, & lineæ illius principium, ita impeditum, quod succedere non possint, & linea secundo geniti prælationem obtineat, ex persona itaque patris, aut ascendentis exclusi, successionem prætendere non valebunt, vt pote cũ is exclusus fuerit, ex propria quoq; persona admitti non poterunt, quoniam se vocatos, aut propriam vocationem habere non ostendunt, nec ea in dubio præsumenda est, secũdo autem genitus filius specificam habet vocationem in terminis dictæ l. 7. &c.* & vers. *multum itaq;*, ibi: *Ita quod à principio incapax successionis reddatur, & succedere prohibeatur, atque ita acquirere, & filius secundo genitus, vel alius vocetur specificè, nec de filijs, aut descendentibus filij maioris mentio, aut vocatio aliqua fiat*, & ibi: *regulariter autem, filio maiore exclusso expressè, & filio secundo vocato, nec de filijs, aut descendentibus filij maioris, aut primo loco vocati mentione facta*, & nu. 3. vers. *verum*, ibi: *vnde cum ipsa lex 7. expressè vocauerit filium secundo genitum*, & inferiùs ibi: *Lex autẽ ipsa 7. expressam mentionem fecit filij maioris, eumq; exclusit à successione maioratus quem non elexit, & filium secundo genitum expresse vocauit, &c.* donde auiendo puesto por argumento, que el principal intẽto de la l. 7. fue diuidir los mayorazgos, y que no concurriessen en vna sola persona; y este intento se conseguia, diuidiẽdose en los hijos del hijo mayor, respõde a el en esta manera: *Sed respondetur, quod fundamentum prædictum procederent, nisi lex, aut dispositio vltra processisset, & filij secundo geniti expressam vocationem fecisset, filiumq; maiorem à successione alterius maioratus exclusisset,*

sed

sed cum expresse unum admisserit, & alium exclusserit, & filiorum filij maioris mentionem nõ fecerit, &c. & num. 5. verſ. *præterea*, in fine, ibi: *eligendi facultas filio maiori conceditur, & post electionem filius secundus expresse vocatur, & de filijs filij maioris mẽtio non fit*: lo qual repite muchas vezes en los numeros ſiguientes, por manera que el principal fundamento de ſu opinion cõſiſte en el llamamiẽto del hijo ſegundo, y omiſsion de los hijos del hijo mayor.

62 ¶ Quod ab ſpecie noſtra longe diſtat, porque en el mayorazgo de Franciſco de Ouando el Rico, aunque ay pena de priuacion al poſſeedor que tomare otras armas y apellido mas q̃ las de los Ouãdos, y Mogollones, o las mezclare con ellas, no ay llamamiento de hijo ſegundo, ſino a falta de la linea y deſcendencia del hijo mayor, la qual eſtá preferida en todos los llamamientos, y nunca excluſa, y en caſo de contrauencion llamado el ſiguiente en grado: y aunque el ſeñor don Iuan del Caſtillo, d. cap. 178. n. 18. dize, que ſu opinion tambien procede, quando en excluſion del hijo mayor ſe llama al ſiguiente en grado, eſto ſe ha de entẽder quando los hijos del hijo mayor no tienen llamamiento literal, y no excluſion, y quando el padre no poſſeyó ni tuuo el derecho habitual de la primogenitura in ſpe certa, & immutabili para ſucceder, y le adquirio a ſus hijos y deſcẽdientes, dando a ſu linea principio y prerrogatiua: porque ſi poſſeyó, y tuuo eſte derecho habitual, tunc filij eiuſdem qui vocati, & non excluſi reperiuntur ſuccedunt, & præferuntur filio ſecundo, vt optime explicat dict. cap. 178. numero 2. verſ. *distinguendum*, ibi: *Distinguendum itaque erit, an filius primogenitus, expresse à successione excludatur, & acquirere prohibeatur, prout in ter-*

minis

minis d.l.7. & in hominis etiã dispositione quacumq̃, eisdem terminis figuratis, ita quod principium lineæ dari non possit, & filius secũdus, vel alius specifice vocetur, & tunc seruandum erit id quod diximus, at vero filij eiusdem maioris vocatio adsit expressa, cum grauamine tamen, oneribus, aut conditionibus aliquibus, atq̃ ita, quod vocatus sit specificè, & succedere, acquirere, & principium lineæ cõstituere potuerit, & tunc quidẽ, si præcepto, vel conditioni non paruerit, vel alias propter contrauentionem excludatur, siue successione acquisita priuetur, succedit eius filius, vel descẽdens, & procedunt atque seruari debẽt, quæ superius diximus, quod si primo vocatus non paret conditionibus, vel alias excluditur propter contrauentionem succedunt filij, & descendentes contraueuientis, obtinent etiã regulæ illæ, siue traditiones generales, Ludouici Molinæ, lib. 3. d. c. 6. n. 29. & quatuor seqq. quod inclusio lineæ primogeniti, vel alterius omnes alias lineas excludit, nec fit transitus de vna linea ad aliam, nisi deficiẽtibus omnibus ijs, qui ex illa linea processerint, y cita a Mieres d. 2. par. quæst. 4. illatione 8. num. 308. y a Valençuela, Velazquez, d. cons. 97. à num. 130. Bellon. d. cons. 65. n. 77. donde afirman lo propio, y lo repite otra vez en el n. 18. columna 3. y en el vers. *E contrario autem*, pondera las razones que ay en fauor de los hijos del primogenito excluso que nunca sucedio, ni tuuo el derecho de primogenitura, & tandem quæstionem indecisam relinquit, & maturo iudicio volũtatem institutorum considerandam: y supuesto que aqui estamos en los mismos terminos, en que limita la dotrina a que se auia inclinado en el lib. 3. cap. 28. porque don Pedro Rol que litiga tuuo el derecho de primogenitura destos mayorazgos de Ouando, y los posseyo hasta q̃ eligio el de los Roles, porque el grauamen de apellido y armas no fue condicional, sino modal,

dal, que no impidio la adquisicion, y assi hizo principio de linea, e introduxo a sus hijos en la sucession; demas de que su padre, por auer posseydo, y dado principio a la linea, los auia introduzido primero, no solo no nos es contrario, pero fauorable en todo: y asi no tenemos necessidad de disputar, qual de las dos opiniones sea mas verdadera, la del señor don Iuan del Castillo, y Robles de Salcedo, o la de Mieres, y el señor Perez de Lara, y el señor don Christoual de Paz, referidos por el señor don Iuan del Castillo, en que auia mucho que dezir.

63 ¶ La 11. respuesta es, que la parte contraria possee otros tres mayorazgos incompatibles con los de Ouando, que no son mas q̃ dos, porque en esto va engañado el Abogado contrario, que afirma son quatro, porque piensa se han juntado los tres que instituyò Francisco de Ouando el Rico con el de Francisco de Ouando su padre, no siendo asi, porque los que fundò en cabeça de Christoual, y Cosme de Ouando sus hijos, los posseen sus descendientes, y solo el que fundò en cabeça de Francisco de Ouando su hijo mayor, se juntò con el de Francisco de Ouando el viejo, en que sucedio el dicho Francisco de Ouando el Rico, primero llamado a el, y de los tres mayorazgos en que la parte contraria ha sucedido, cuyos capitales montaron mas ha de treinta años, casi ocho quentos de marauedis, consta por las escrituras que el Relator refiere en su memorial, desde el fol. 13. hasta el fol. 16. los quales son incõpatibles con los mayorazgos de los Ouandos, y con ellos està la parte contraria impedido para no poder suceder en los otros, aunque tuuiera, que no tiene, derecho a ellos, porque

los vnos, ni los otros no dan facultad para poder eligir, como la da el de los Roles; y sin ella en mayorazgos incompatibles, ex dispositione hominis, no compete este derecho, como compete en la incompatibilidad que prouiene ex dispositione legis, vt nouissimé, & iuridicis fundamentis ostendit Dom. Ioann. del Castillo, dict. lib. 5. controuer. par. 2. cap. 179. per totum: Y tambien està la parte contraria bastantemente proueydo de lo necessario para sus alimentos, sin que para ellos tenga necessidad de mas renta; ita quod omni iure destitutus est, sin que en esta vacante tenga llamamiento para poder suceder, porque el que tiene es a falta de la linea y descendencia del hijo mayor, y no ha faltado hasta agora, y assi no ha llegado el caso de su sustitucion, y no puede pedir hasta que llegue, & consequenter don Francisco Antonio de Quando ha de ser absuelto de su demanda; vt futurum speramus: Salua, &c.